

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme

Delvaux, Marie-Amelie

Published in:
J.D.S.C.

Publication date:
2004

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Delvaux, M-A 2004, 'La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001, note sous Gand (23ème ch.), 17 octobre 2001', *J.D.S.C.*, p. 276-279.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DELVAUX, M., La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001

J.D.S.C. 2004, 276-279.

Texte intégral

La perte de substance du capital social et la sonnette d'alarme: quelques considérations critiques relatives à l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 17 octobre 2001

Marie-Amélie **Delvaux** Avocate au barreau de Namur
Assistante aux Facultés universitaires de Namur

Dans l'espèce commentée, une SPRL est en situation délicate depuis 1993, l'actif net étant inférieur à la moitié du capital social. Lors de l'examen des comptes annuels 1993, les dirigeants omettent de «tirer la sonnette d'alarme» au mépris de leurs obligations précisées à l'article 332 du Code des sociétés. Les comptes de l'exercice suivant (année 1994) font à nouveau apparaître cette situation de crise, qui est expressément évoquée lors de l'assemblée générale ordinaire de 1995, un rapport spécial du conseil d'administration relatif à la situation financière et aux mesures de redressement à prendre étant déposé. L'assemblée décide de poursuivre les activités de la société. Les comptes de l'exercice 1995 soulignent à nouveau cette atteinte grave au capital social, qui est examinée lors de l'assemblée générale ordinaire de 1996, sans rapport spécial des dirigeants cette fois. L'assemblée décide à nouveau de poursuivre les activités de la société et les comptes de l'exercice 1996 sont toujours alarmants. La société est déclarée en faillite par jugement du 28 mai 1997.

La Cour d'appel de Gand rejette la responsabilité des dirigeants sur pied de l'article 140 des L.C.S.C. (devenu 332 du Code des sociétés) sur base de motifs divers examinés ci-après.

–Pour l'exercice 1993: la cour considère que *«les tiers n'ont subi aucun dommage lié au fait que l'obligation érigée par les articles 103 et 140 n'a pas été respectée»* puisque les années suivantes, en pleine connaissance de cause, l'assemblée a décidé de poursuivre les activités.

–Pour l'exercice 1994: la cour constate que l'obligation légale a été respectée.

–Pour l'exercice 1995: la cour considère que si l'absence de rapport spécial du conseil d'administration constitue bien une faute, celle-ci n'a cependant eu aucune implication en l'espèce; en effet, tous les associés sont en même temps les gérants et l'assemblée a décidé de poursuivre l'activité; un rapport spécial des gérants n'aurait rien changé à la décision de poursuivre l'activité prise par l'assemblée.

–Pour l'exercice 1996: comme la société a été déclarée en faillite en mai 1997, la cour constate qu'il n'est pas fautif pour ses dirigeants de n'avoir pas encore réuni une assemblée générale pour examiner les comptes annuels⁽¹⁾

; or, c'est dans les deux mois de l'examen des comptes annuels qu'une assemblée générale spécifique doit être réunie pour *«tirer la sonnette d'alarme»*; la cour estime donc que les dirigeants n'ont commis aucune faute à cet égard. La cour ajoute qu'en tout état de cause, il n'y a pas de préjudice en lien causal avec l'absence de convocation de l'assemblée générale puisqu'*«aucune nouvelle dette n'a été contractée par la société après le 13 février 1996 – date de la vente du commerce –, de sorte que les chances pour les créanciers de récupérer leurs créances ne se sont pas détériorées»*.

L'arrêt de la Cour de Gand, dans ses diverses motivations, ne nous convainc pas entièrement.

Tout d'abord, la cour semble considérer que les dirigeants doivent réunir une assemblée générale spéciale *chaque année*, lorsqu'ils constatent – au moment de l'examen des comptes annuels – que l'actif net est inférieur à la moitié ou au quart du capital social. S'il nous apparaît que cette obligation fait partie des exigences élémentaires d'une saine gestion, par contre, elle ne ressort pas clairement de l'article 332 du Code des sociétés. Ce dernier exige une convocation de l'assemblée une première fois lorsque la perte de la moitié du capital est constatée, puis éventuellement une seconde fois si la perte atteint les trois quarts. Le texte légal impose la convocation d'une assemblée dans les *«deux mois à dater du moment où la perte a été constatée»*. Lorsque la perte a été constatée une première fois et que la situation perdure lors des exercices suivants, les dirigeants ne sont pas, selon nous, obligés de réunir annuellement une assemblée générale dans le respect de l'article 332 du Code des sociétés⁽²⁾

D'autre part, nous ne pouvons admettre que la cour indique que les tiers n'ont subi aucun dommage suite à l'absence de convocation d'une assemblée générale pour l'exercice 1993 dans la mesure où les années suivantes, en connaissance de cause, l'assemblée générale a décidé de poursuivre l'activité, ce qui sous-entend que si elle avait été réunie en 1994, l'assemblée aurait également décidé la

poursuite des activités. Comme le souligne la Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 15 mars 2000⁽³⁾

, on ne peut épiloguer sur le résultat d'un vote qui n'a jamais eu lieu. Rien ne nous permet d'affirmer avec certitude que l'assemblée, si elle avait été réunie dans le respect des conditions légales et avec les divers rapports exigés, aurait choisi de poursuivre l'activité⁽⁴⁾

. Un raisonnement a posteriori basé uniquement sur la composition de l'assemblée et sur ce qu'elle a pu décider ultérieurement n'est pas pertinent. Selon nous, l'administrateur qui souhaiterait se dégager de sa (lourde) responsabilité ne peut donc le faire par la simple preuve que, même si elle avait été réunie, l'assemblée générale aurait pris la décision de poursuivre l'activité; cette preuve n'a aucun intérêt.

De même, nous ne pouvons admettre que la cour soit convaincue que, du seul fait que les associés sont tous gérants, un rapport spécial du conseil d'administration n'aurait eu aucun poids sur la décision de l'assemblée générale.

Dans le même ordre d'idée, les dirigeants ayant omis de réunir une assemblée générale dans le cadre de la procédure de la «*sonnette d'alarme*» soutiennent fréquemment que ce sont exactement les mêmes personnes qui composent l'assemblée générale et le conseil d'administration⁽⁵⁾

; ils en déduisent qu'ils n'auraient pas, dans le cadre de l'assemblée générale, décidé autre chose que ce qu'ils ont décidé dans le cadre de leur mission de dirigeants.

Cet argument doit être rejeté. Quelle que soit la composition des organes en effet, des règles spécifiques doivent être respectées notamment pour la convocation de l'assemblée et l'information des associés, et ceci tout particulièrement dans l'hypothèse de la «*sonnette d'alarme*» à tirer en cas de crise.

Les exigences de l'article 140 des L.C.S.C. (devenu 332 du Code des sociétés) sont les suivantes:

–l'ordre du jour doit mentionner les débats qui porteront sur la dissolution éventuelle de la société, une modification des statuts ou d'autres mesures adéquates;

–un rapport spécial contenant les propositions détaillées de l'organe de gestion doit être établi et mis à la disposition des associés au moins 15 jours avant l'assemblée;

–un rapport contenant les mesures concrètes proposées dans le cadre du redressement de la société qui poursuit ses activités doit être annexé à l'ordre du jour envoyé à chaque associé;

–l'assemblée doit délibérer le cas échéant dans les formes prescrites pour la modification des statuts;

–un notaire doit le cas échéant être présent.

Toutes ces formalités permettent d'attirer l'attention sur la gravité de la situation, de faire le point sur l'avenir de la société en pleine connaissance de cause et de prendre les mesures adéquates.

Il importe peu que tous les associés soient également membres du conseil d'administration, puisqu'on imagine difficilement qu'ils se soient réunis exactement dans les mêmes conditions que l'assemblée générale spécifique prévue pour envisager l'avenir de la société conformément à l'article 332 du Code, notamment avec les mêmes formalités et les mêmes rapports légalement imposés.

On rappelle d'ailleurs qu'une série de mesures ne peuvent valablement être adoptées par un conseil d'administration: le conseil est incompétent à modifier les statuts de la société, modification fréquemment nécessaire dans le cadre des mesures de redressement à mettre en place (augmentation de capital – hors l'hypothèse du capital autorisé –, réduction de capital, dissolution de la société, ...); le conseil est également incompétent à révoquer un dirigeant, nommer un ou plusieurs dirigeants complémentaires, ... autres mesures qui permettraient à la société de sortir de l'ornière. Selon nous, l'administrateur qui souhaiterait se dégager de sa (lourde) responsabilité ne peut donc le faire par la simple preuve que ce sont les mêmes personnes qui composent l'assemblée générale et le conseil d'administration; cette preuve n'a aucun intérêt.

Les dirigeants n'ayant pas convoqué d'assemblée générale dans le délai de deux mois suivant le constat de la perte de moitié de l'actif net peuvent uniquement se libérer de leur responsabilité:

–soit en prouvant les conditions d'application des articles 263, alinéa 2 (SPRL), 408, alinéa 3 (SCRL) ou 528, alinéa 2 (SA) du Code des sociétés⁽⁶⁾
;

–soit en établissant l'absence de lien de causalité entre leur faute et le dommage, de sorte que le dommage aurait également été subi si l'assemblée avait été réunie au moment légalement requis: par exemple, l'accroissement de la perte trouve son origine dans des événements ou opérations antérieurs à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée, est inhérent à l'arrêt des activités, ...

Quant à ce dernier point, c'est à bon droit que la cour considère qu'en ce qui concerne le dernier exercice avant la faillite, les créanciers n'ont pu subir aucun préjudice en lien causal avec l'absence de convocation de l'assemblée générale, puisque aucune nouvelle dette n'a été contractée par la société après la date de la vente du commerce, à un moment antérieur à l'époque où l'assemblée générale aurait dû être convoquée.

Enfin, on rappelle que même si l'application de l'article 332 du Code des sociétés est rejetée en l'espèce, les administrateurs peuvent toujours voir leur responsabilité engagée sur pied des articles 1382-

1383 du Code civil pour poursuite fautive d'une activité déficitaire (avec toutefois les difficultés de preuve corrélatives).

-
- (1) La Cour rappelle que les gérants ont l'obligation, dans les six mois de la clôture de l'exercice, de soumettre les comptes annuels à l'approbation de l'assemblée générale et, dans les trente jours de cette approbation, et donc au plus tard sept mois après la clôture de l'exercice, de déposer ces comptes à la Banque nationale de Belgique (art. 95 et s., 98126 et 128 C. soc).
- (2) Voir nos observations supra, sous Bruxelles (9^e ch.) 21 nov. 2002, publié sous le numéro 583.
- (3) Gand (12^e ch.), 15 mars 2000, *T.G.R.*, 2001, p. 500 et note C. Van Santvliet et *JDSC*, 2003, p. 223, n° 512 et note M.-A. Delvaux; voir dans le même sens J. Ronse et J. Lievens, *Les sociétés commerciales*, Éd. Jeune Barreau, 1985, p. 204.
- (4) Voir en ce sens Comm. Charleroi, 11 oct. 1995 et 19 juin 1996, *R.R.D.*, 1997, p. 55 et note P.-E. Ghislain; *J.L.M.B.*, 1997, p. 644.
- (5) Comme souvent dans les petites sociétés.
- (6) Cette triple preuve consiste à prouver une absence de participation à l'infraction (absence à la réunion du conseil d'administration, ...), une absence de faute dans son chef (ce n'est pas fautivement qu'il était absent à la réunion du conseil d'administration: maladie, ...) et la dénonciation par l'administrateur de l'infraction commise par le conseil d'administration à l'assemblée générale la plus proche après qu'il a eu connaissance des faits.